XV.

Ueber die Einrede des nichterfüllten Vertrags.

Von

Herrn Geheimen Regierungsrath Dr. Heerwart zu Eisenach.

§. 1.

Abermals hat meine Theorie über das Wesen der exceptio non adimpleti contractus einen Gegner in dem Herrn Stadtrichter C. W. Schenck zu Jena gefunden, welcher in dieser Zeitschrift [1]) eine neue, eben sowohl von der früher gewöhnlichen Meinung, als von der meinigen abweichende Ansicht aufstellt. Sie geht im Wesentlichen dahin:

Bei zweiseitigen Verträgen sey nicht unbedingt die Leistungsverbindlichkeit des einen Kontrahenten von der Leistung des anderen abhängig, sondern je nach der Verschiedenheit der Fälle sey bald

A., die gegenseitige Leistungspflicht durch die vorgängige Leistung des Andern gar nicht bedingt, bald sey

B., jene Pflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Leistung des Andern bedingt, bald müsse

C., nur ein Theil unbedingt mit seiner Leistung vorangehen.

Welche zweiseitige Verträge nun zu der einen oder der andern Klasse gehörten, sey eine quaestio facti, welche aus der Willensmeinung der Kontrahenten, aus der Art des Vertrages und den Sachverhältnissen zu entscheiden sey. Der Kaufvertrag insonderheit gehöre zu der letzten Klasse, und zwar müsse der Käufer zuerst das Kaufgeld zahlen, ohne vorher die Uebergabe der Sache verlangen zu können.

1) Bd. 16. Nr. IV. u. IX.

In allen Fällen aber, wo der auf Erfüllung klagende Theil mit seiner Leistung vorausgehen, oder sie wenigstens anbieten müsse, gehöre die Behauptung, daß er seiner Seits erfüllt habe oder zum Erfüllen bereit sey, zum Klaggrund, müsse in der Klage angeführt werden, und das Verlangen der Vorleistung von Seiten des Gegners sey nicht Gegenstand einer von diesem vorzuschützenden Einrede.

§. 2.

Obgleich Schenck im §. 1. seiner Abhandlung mir nur zum Vorwurf macht, daß ich zu weit gehe, wenn ich die Beziehung auf die geschehene Erfüllung auf Seiten des Klägers niemals als zum Klaggrund gehörig betrachten wolle, so ergiebt doch der oben herausgehobene Inhalt seiner Theorie und deren weitere Ausführung augenfällig, daß er seiner Seits die exceptio non adimpleti contractus als eine wahre Einrede in keinem Falle anerkennt, also gerade den Hauptpunct bestreitet, worin meine Ansicht von der sonst gewöhnlichen abweicht, somit die erstere unter allen Umständen für unrichtig erklärt, während er die letztere doch wenigstens in einigen Fällen gelten läßt.

Ich glaube indessen, meine Ansicht, welcher der Beifall mehrerer competenten Beurtheiler zu Theil geworden ist [2]), gegen Schencks Einwürfe vertheidigen zu können. Daher diese Zeilen.

Bei der Beleuchtung jener Einwürfe erachte ich es für sachgemäß, mit dem Vertragsverhältniß zu beginnen, welches im Grunde die einzigen klaren gesetzlichen Quellen, und somit die zuverlässigste Grundlage für die ganze Lehre darbietet, nämlich mit dem Kaufvertrag.

---

2) Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 344. Brandis in Schuncks Jahrb. der juristischen Literatur Bd. XVII. S. 192. Heffter in der zweiten Ausgabe von Webers Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 287.

§. 3.

Nach Schencks Behauptung §. 8. soll der Käufer verbunden seyn, den Kaufpreis zu zahlen, ohne vom Verkäufer zugleich die Uebergabe der Sache verlangen zu dürfen, und zwar schon nach der Natur des Geschäfts, wie sie sich im täglichen Handel und Wandel abspiegle.

Ich muß nun bekennen, daß ich im bürgerlichen Verkehr keinen Spiegel zu entdecken vermag, welcher jene Verbindlichkeit des Käufers erblicken ließe. Die Verhältnisse beider Kontrahenten sind sich ganz gleich, der eine will Geld, der andere Waare, es ist eben so bedenklich und gefahrvoll für den Käufer, das Geld, als für den Verkäufer, die Waare zuerst hinzugeben, der eine wie der andere creditirt, wenn er es doch thut, d. h. er verläßt sich auf die Redlichkeit seines Mitkontrahenten, und der Käufer ist wahrlich nicht gesicherter als der Verkäufer, denn die bloße Leistungs-Möglichkeit auf Seiten des Letztern verbürgt noch keineswegs schlechterdings auch seinen Willen, den Vertrag zu erfüllen; er kann eben so gut nach empfangenem Geld die verkaufte Sache an einen Dritten verkaufen, verzehren oder sonst vernichten, und dem zahlenden Käufer das leere Nachsehen lassen, als dieser dem Verkäufer, der die Sache vor Empfang des Geldes hingab.

Ueberdieß ist dieser von Schenck hervorgesuchte Unterschied bei vielen Kaufverträgen gar nicht einmal vorhanden, nämlich bei allen denen, wo nicht eine species, sondern eine Menge von vertretbaren (fungiblen) Sachen verkauft wird, von denen der Verkäufer im Augenblick des Vertrags gar nichts nothwendig zu besitzen braucht.

Wollte man aber aus dem, was gewöhnlich geschieht, einen Schluß auf die Natur des Geschäfts ziehen, so möchte dieser Schluß eher gegen als für Schencks Meinung ausfallen. Denn Niemand wird wohl läugnen, daß von zehn Käufen wenigstens bei neunen der Verkäufer die Sache zuerst hingiebt, und den Preis erst später empfängt.

Man erinnere sich nur z. B. an die Gasthäuser und andere öffentliche Orte, wo es keinem Wirth einfällt, die Bezahlung vorweg zu verlangen, und keinem Gast, sie zuerst zu leisten, wo vielmehr der letztere gewöhnlich den Preis vorher gar nicht kennt, sondern erst nach empfangener, wohl gar verzehrter Waare sich nach dessen Betrag erkundigt. Auch jeder Richter wird die Erfahrung gemacht haben, daß Klagen auf Ueberlieferung der Waare nach bereits bezahltem Kaufpreis sehr selten sind, während Klagen auf Bezahlung des Preises für gelieferte Waaren sehr häufig vorkommen.

Lassen wir daher diesen mißlichen Beweis aus der Natur des Geschäfts, und fragen lieber, was die Gesetze enthalten. Hier wird denn zuerst S. 113. geltend gemacht, daß die Gesetze nur vom Verkäufer sagten:

rem venditam quasi pignus retinet, pretio non soluto,

keineswegs aber vom Käufer den Ausdruck brauchten:

pretium quasi pignus retinet.

Dieser Grund dürfte aber schon um deswillen nicht viel auf sich haben, weil bei der Entstehungsweise der Justinianischen Gesetzessammlung der Schluß aus dem, was die Gesetze **nicht** sagen, unter allen Umständen ein sehr gewagter ist.

Vollends aber wird jener Grund als nichtig erkannt werden, wenn man erwägt, daß ein Faustpfand (pignus) eine res certa, eine species voraussetzt, daher ein ganz unpassender Ausdruck für den Kaufpreis wäre, der ja nicht in bestimmten Geldstücken, sondern, so lang er nicht wirklich gezahlt wird, nur in Gedanken besteht.

Demnächst versucht **Schenck**, diejenigen Stellen, welche eine Zurückhaltung des Kaufgeldes bis zum Empfang der Sache gestatten, durch die Bemerkung S. 116 fgg. zu beseitigen, daß der Grund dieser gestatteten Zurückhaltung nicht in die bloße Nichtleistung von Seiten des Verkäufers, sondern in besondere, neu hinzugekommene, die Vertragsrechte umgestaltende, faktische Zustände gesetzt werde.

Bei der L. 5. C. de evict. (8. 45.) ist dieß nun allerdings nicht zu läugnen, da sie den Fall einer Verpfändung der verkauften Sache zum Gegenstand hat, deren Lösung durch die dort erwähnte exceptio doli einzig erlangt werden sollte.

Auch von der L. 5. §. 4. de doli exc. (44. 4.) ist das wahr, weil die redhibitio servi allerdings ein neu hinzugekommenes factum ist. Gleichwohl muß es hier schon bedenklich machen, daß Paulus sich nicht begnügt, die exceptio redhibitionis zu geben, sondern hinzufügt

etiam mercis non traditae exceptione summovetur,

also eine Einrede erwähnt, die dem klaren Wortverstand nach auf nichts anders hinweist, als auf die einfache Nichterfüllung, ohne irgend ein neu hinzugekommenes factum anzudeuten, und deren Namen vernünftiger Weise gar nicht hätten entstehen können, wäre die Nichtübergabe der verkauften Sache etwas ganz bedeutungs- und wirkungsloses gewesen. Daß aber diese Einrede hier, wo doch die Uebergabe geschehen war, gegeben wurde, erklärt sich aus dem Bestreben der Römischen Juristen, das Feld der Rechtsmittel möglichst zu erweitern, und daraus, daß nach erfolgter redhibitio es so angesehen wurde, als sey eben die Uebergabe nicht geschehen [3]), gleichwie dies auch so geschah, wenn die übergebene Sache wieder entwährt worden war [4]).

Deutlicher belegt die L. 25. de act. emti (19. 1.) das Recht des Käufers, bis zu erfolgter Uebergabe das Kaufgeld zurückzuhalten. Es ist von einem Kauf der Weinlese auf dem Stock die Rede, wo, wie Schenk selbst zugiebt, S. 116, das Dulden des Abnehmens (lectio) die traditio vertritt, so daß nach erfolgtem Abnehmen die Trauben in das Eigenthum des Käufers übergehen, wenn er sie auch noch nicht von dem Grundstück des Verkäufers weggebracht

---

3) L. 60. de aedil. ed. (21. 1.)
4) L. 3. de act. emti. (19. 1.)

hat [5]) Was steht nun in diesem Fall der Nichttradition gleich? Offenbar das Nichtdulden des Abnehmens, was eben nichts anderes als verhindern, prohibere ist und seyn kann.

Giebt nun hier die Nichtleistung oder das, was ihr gleichsteht, dem Käufer das Recht, das Kaufgeld zurückzuhalten, so ist nicht abzusehen, warum in andern Fällen er dieß Recht nicht haben sollte, und wenn Schenk S. 116. den Unterschied darin setzt, daß das Verhindern der lectio ein Zurücknehmen des Gegebenen sey, so kömmt er mit sich selbst in Widerspruch, da er unmittelbar vorher sagt, die traditio — also das Geben — bestehe hier im Dulden der lectio, und mithin zugeben muß, daß, wo die lectio eben nicht geduldet, sondern verhindert wird, nichts tradirt, nichts gegeben ist, folglich auch nichts Gegebenes zurückgenommen werden kann.

Mich dünkt, dieß sey alles sehr klar und deutlich. Allein es giebt noch zwei Stellen, welche auch die gegen die vorige vorgebrachten gezwungenen Ausstellungen nicht zulassen. Die eine ist L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.):

Si emtor solus scit (nämlich servum furtivum esse,) non obligatur venditor, *nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet.*

Der, welcher einen Sklaven, ohne zu wissen, daß er gestohlen war, an einen mit diesem Umstand bekannten Mann verkaufte, kann nicht in Anspruch genommen werden, wenn dem Käufer aus jener Eigenschaft ein Verlust entsteht, z. B. durch Entwährung. Will er aber den Kaufpreiß haben, so muß er wenigstens thun, was in seinen Kräften steht, d. h. er muß den Sklaven dem Käufer übergeben. Ist hier nicht die exceptio mercis non traditae deutlich ausgesprochen?

---

5) Siehe auch L. 6. de donat. (39. 5.) L. 16. 1. f. praescr. verb. (19. 5.)

Noch unbezweifelter ist eine andere Stelle [6]). Sie steht in
Gajus Com. lib. IV. §. 126.
und lautet:

Si argentarius pretium rei, quae ex auctione venierit, persequatur, objicitur ei exceptio, ut ita demum emtor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita sit, quae quidem est *justa exceptio*. Sed si in auctione praedictum est, ne ante emtori traderetur res, quam si pretium solverit, *replicatione* tali argentarius adjuvatur; nisi praedictum est, ne aliter emtori res traderetur, quamsi pretium emtor solverit.

Wo ist hier das neu hinzugekommene factum, was die Vertragsrechte und Pflichten umgestaltet? Beweist nicht vielmehr jene Stelle auf das klarste, daß die einfache, reine Nichtleistung dem Käufer das Recht giebt, sein Kaufgeld zurückzuhalten, und daß es einer ausdrücklichen Verabredung bedurfte, um dem Verkäufer das Recht zu geben, was Schenck ihm als eine naturale negotii einräumt, und wird nicht durch jene Stelle der Sinn und Grund der, in den andern Stellen vorkommenden, exceptio mercis non traditae in das vollkommenste Licht gesetzt?

Bestätigt wird dieß alles noch durch eine dritte Stelle [7]), aus welcher klar hervorgeht, daß Käufer und Verkäufer in dieser Beziehung ganz gleich behandelt wurden, denn wäre der Käufer unbedingt zur Vorausbezahlung verbunden, so kam es gar nicht darauf an, ob er dem Verkäufer trauen wollte oder nicht, er mußte eben zahlen, und konnte darauf vom Verkäufer ohne Weiteres belangt werden.

§. 4.

Darf hiernach als unbestritten angenommen werden, daß

6) Sie ist von mir schon früher angeführt worden. S. Bd. 14. S. 217. dieser Zeitschrift.

7) L. 39. i. f. de solution: (46. 3.) — his consequens esse, ut etiamsi et emtor nummos et venditor mercem, *quodinviam parum fidei haberent*, deposuerint, nummi emtoris periculo sint, nihilominus merx quoque.

der Käufer die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Uebergabe der verkauften Sache hoffen darf; so fragt es sich weiter, ob dieß Verlangen Gegenstand einer vom Käufer vorzuschützenden Einrede ist, oder ob die Behauptung der vorgängigen Leistung oder das Anbieten derselben zum Grund der vom Verkäufer anzustellenden Klage gehört.

Zwar meint Schenk S. 246., daß beides, mit Ausnahme des Falles einer anzustellenden Executiv-Klage, in effectu auf ein und dasselbe hinauslaufe. Allein das ist nicht richtig, denn wenn die letztere Behauptung zum Klaggrund gehört, so muß auch im Ordinarproceß eine Klage, die sie nicht enthält, vom Richter angebrachtermaaßen, und ohne erst die Vorschützung der exceptio non adimpleti contractus von Seiten des Beklagten zu erwarten, verworfen werden [8]), während im andern Fall der Beklagte, welcher entweder gar nichts einwendet, oder wenigstens jene Einrede nicht vorschützt, nach dem Klaggesuch verurtheilt werden muß, wenn ihm sonst keine Vertheidigungsmittel zur Seite stehen. Ich sollte meinen, daß das doch ein recht wesentlicher Unterschied wäre!

Daß nun der Rechtsbehelf, wodurch der Käufer die Zurückhaltung des Kaufgelds bis zur Uebergabe durchsetzen kann, eine wahre Einrede sey, glaube ich in der Abhandlung im 14ten Bande dieser Zeitschrift erwiesen zu haben, welcher ich nichts Wesentliches zuzusetzen weiß. Denn hat gleich diese Abhandlung die exceptio non adimpleti contractus im All-

---

8) Wie Schenk S. 103. glauben kann, ich bezweifle diese Befugniß und Pflicht des Richters, begreife ich nicht. Aus der von ihm abgezogenen Stelle meiner Abhandlung (Bd. 7. S. 336.) geht gerade das Gegentheil hervor, denn dort steht ja mit klaren Worten, daß, wenn die Behauptung der Erfüllung zum Klaggrund gehöre, eine sie nicht enthaltende Klage angebrachtermaaßen verworfen werden müsse, und es wird ausgeführt, daß die Rechtslehrer mit sich in Widerspruch kommen, welche der gewöhnlichen Meinung zugethan, dennoch die Klage nicht verworfen wissen wollen.

gemeinen zum Gegenstand, so beziehen sich doch die Hauptbeweisstellen grade auf die exceptio mercis non traditae des Käufers.

Schenk versichert zwar S. 255., daß ihn meine Ausführung nicht angesprochen habe, das ist aber keine Widerlegung, und was er, ohne auf meine Beweisgründe aus den Rechtsquellen einzugehen, weiter sagt, möchte nicht geeignet seyn, diese zu erschüttern. Ich bin ganz mit ihm einverstanden, wenn er S. 256 die, eine Einrede als solche bezeichnende, Selbstständigkeit in den (gleichviel ob in positiver oder negativer Form gefaßten) Vortrag selbst eigener Thatsachen setzt, die abgesehen von der Wahrheit oder Unwahrheit der den Klaggrund bildenden Thatsachen, dem an sich bestehenden Klagrecht in den Weg treten.

Ob nun aber bei zweiseitigen Verträgen in der Erwiederung des Verklagten: „Du Kläger hast selbst das und das zu leisten", eine solche besondere vom Klaggrund getrennte Thatsache enthalten sey, das ist ja eben die Streitfrage, und nur wer schon als erwiesen voraussetzt, daß dieß nicht der Fall, daß die Behauptung der Erfüllung Obliegenheit des Klägers, mit andern Worten, Theil des Klaggrundes sey, kann mir, wie Schenk thut, vorwerfen, ich entkleide den negativen Satz der Einlassung der ihm von den Sachverhältnissen angebornen Individualität, indem ich den Grund der Einrede des nichterfüllten Vertrags in die Behauptung setze: „der Kläger habe selbst das und das zu leisten". Dieser Einwand läuft mit einem Worte offenbar auf eine petitio principii hinaus. Denn daß das Verlangen des Beklagten, Kläger solle erst seiner Seits erfüllen, lediglich und allein auf dem in dem Vertrag liegenden Versprechen des Klägers, und nicht in dessen Nichterfüllung beruht, wird so wenig jemand läugnen können, als daß der Klaggrund der actio mutui in dem Versprechen des Beklagten, eine ihm dargeliehene Geldsumme wieder zu bezahlen, liegt, und nicht in dem gewöhnlich dabei mit vorkommenden Anführen: Be-

klagter habe noch nicht wieder bezahlt. Jene von mir bezeichnete Form entspricht daher am genauesten dem wahren Wesen der Einrede, das auch in der oben angezogenen Stelle von Gajus recht treffend bezeichnet wird durch die Worte:

ut ita demum emtor damnetur, *si ei res, quam emerit, tradita sit.*

Was Schenk 257. gegen die Vergleichung der exceptio non adimpleti contractus mit dem in andern Fällen gestatteten jus retentionis sagt, ist wiederum nichts als eine reine petitio principii trotz seiner Verwahrung dagegen. Die Vergleichung soll um deswillen nicht Stich halten, weil das Retentionsrecht, als wahre Einrede, ein an sich begründetes Klagrecht voraussetzend, exceptivisch erst geltend gemacht werden müsse, ehe es berücksichtigt werden könne. Aber das ist es ja eben, was ich von der exceptio non adimpleti contractus behaupte, und dessen Unrichtigkeit erst klar seyn muß, ehe man jenen Grund als Beweis gegen die Vergleichung brauchen kann.

Uebrigens habe ich mich, wie ich schon Bd. 14. S. 227. dieser Zeitschrift sagte, auf das Relationsrecht nur in der Hinsicht berufen, um zu zeigen, daß es noch mehrere Rechtsbehelfe gäbe, wodurch der Beklagte die Durchsetzung einer gegen ihn angestellten Klage hemmen und eine Zeit lang aufschieben könne, ohne daß man daraus auf einen Mangel des Klaggrundes schließen, und dem Rechtsbehelf die Natur und Folgen einer wahren Einrede absprechen dürfe.

Daß die beiden verglichenen Rechtsbehelfe in allen und jeden Stücken sich gleich seyen, habe ich nicht behauptet, ist auch bei einem bloßen Gleichniß gar nicht nöthig. Darum ist es auch gar nicht erheblich, was Schenk anführt, daß die Verpflichtungen des Klägers bei dem Retentionsrecht nicht gleich mit dem Vortrag sondern ex post erwüchsen, wiewohl dieß nicht einmal immer der Fall ist, denn die handschriftliche Forderung, wegen deren der Faustpfandgläubiger auch nach bezahlter Pfandschuld das Faustpfand mittels der

exceptio doli (L. un. C. etiam ab chirogr. pec. 8 27.) zurückhalten darf, kann auch schon vor dem Pfandvertrag entstanden seyn, und die Verpflichtung des Nutznießers zur Caution, bis zu deren Stellung der Eigenthümer ihm die Sache ohne allen Zweifel mit einer wahren Einrede vorenthalten kann, entsteht zu gleicher Zeit und durch den nämlichen Vertrag [9]), aus dem sein Recht auf Einräumung des Nießbrauchs entspringt.

§. 5.

Daß der Verkäufer nun auch seiner Seits die verkaufte Sache bis zur Zahlung des Kaufgeldes zurückhalten kann, ist ausgemacht, und nur streitig, ob das Geltendmachen dieses Rechts vermöge einer besondern von ihm vorzuschützenden Einrede geschehen, oder ob der klagende Käufer zu Begründung seiner Klage die geschehene Zahlung oder seine Bereitwilligkeit dazu anführen, und außerdem ohne Weiteres mit seiner Klage abgewiesen werden muß. Nun kann ich zwar keine Stelle anführen, wo jene Befugniß des Verkäufers eine exceptio genannt wird, wie dieß bei dem ähnlichen Recht des Käufers mehrfach vorkommt. Indessen habe ich doch Bd. 7. S. 344. nachgewiesen, daß die einschlagenden Stellen [10]) nicht entgegenstehen, die fragliche Befugniß als eine wahre Einrede zu betrachten, weil in andern Fällen, wo an dem Daseyn einer wahren Einrede gar nicht zu zweifeln, ähnliche Ausdrücke gebraucht werden. [11]) Ich erwähne hier nur noch nachträglich, daß sich diese Aus-

9) Denn auch der usufructuarius ex contractu ist zur Sicherheitsleistung verbunden. L. 13. pr. D. de usufruct. (7. 1.) L. 4. C. eod. (3. 33.)

21) L. 13. §. 8. de act. emti. (19. 1.) L. 37. §. 8. L. 57. de aed. ed. (21. 1.) L. 22. de her. vel act. vend. (18. 4.) L. 31. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) L. 8. C. de act. emti. (4. 49.)

11) L. un. C. et ob chir. pec. (8. 17.) L. 1. pr. de *Scto*. Maced. (14. 6.) L. 2. §. 1. ad Scto. Vellej. (16. 1.) L. 13. pr. de usufr. (7. 1.) L. 1. §. 7. Si cui plus quam per leg. Falc. (35. 3.)

drücke sehr natürlich aus dem Römischen Proceßverfahren erklären. Es trat nämlich bekanntlich [12]) beim s. g. Formularproceß zuerst ein Verfahren vor dem Magistrat (in jure) ein, wo der Kläger zuvörderst angab, welche Klage er anzustellen beabsichtige, und um welche Formel er daher bitte — editio, postulatio actionis [13]) — der Magistrat dann den Beklagten mit seiner Vertheidigung, namentlich auch mit seinen Einreden, sowohl dilatorischen [14]) als peremtorischen hörte, und nach deren summarischen Erörterung nun erst actionem dabat d. h. eine Formel entwarf und einen judex ernannte, oder auch actionem denegabat.

Konnte der Beklagte die Einrede nicht sofort liquid machen, so wurde sie zum weitern Verfahren ausgesetzt, d. h. in die Formel mit aufgenommen. [15]) War sie aber liquid und konnte vom Kläger nicht durch eine statthafte replicatio beseitigt werden [16]), so wurde der Kläger abgewiesen, ihm die Klage versagt. Nun fällt es aber in die Augen, daß, wenn der Käufer Uebergabe der Sache forderte, die exceptio pretii non soluti oder richtiger pretii prius solvendi, wenn der Beklagte sie vorschützte, schon von selbst klar war, denn in dem Anführen eines Kaufs von Seiten des Klägers lag ja schon von selbst der Beweis, daß auch ein Kaufgeld versprochen war. Diese Einrede mußte daher regelmäßig die Folge haben, daß der Kläger schon in jure abgewiesen, ihm die Klage verweigert wurde, wenn er nicht jene Einrede

---

12) S. Heffter Instit. des Processes. S. 277. fg. Zimmern Rechtsgeschichte. Th. 3. §. 318.

13) Ueber den für unsere Frage unerheblichen Unterschied zwischen diesen Handlungen s. Zimmern a. a. O. not. 1.

14) Die dilatorischen Einreden in jure vorzubringen war der Beklagte insofern genöthigt, als sie außerdem vom judex nachher im judicio nicht mehr berücksichtigt werden konnten, und sogar die Zuläßigkeit einer restit. in integ. bei ihnen bezweifelt wurde. s. Heffter a. a. O und Zimmern a. a. O. §. 95. Gaj. IV. §. 125.

15) Heffter a. a. O. S. 277. not. 8.

16) Gajus Com. V. §. 126.

durch Anbieten der Uebergabe beseitigte. Es kann daher das „nondum est ex emto actio" und das „nihil consequetur" das non aliter teneri" in L. 13. §. 8. de act. emti (19. 1.) L. 57. de aed. ed. (21. 1.) und L. 31. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) gar nicht befremden.

Auf ganz ähnliche Weise wird in andern Fällen die Klage vom Magistrat versagt, wenn der Kläger einem exceptivisch vorgebrachten gerechten Antrag des Beklagten nicht entspricht. [17])

So machen denn die Not. 10. erwähnten Stellen nicht die geringste Schwierigkeit, das Verlangen des Kaufpreißes auf Seiten des Verkäufers als eine Einrede zu betrachten. Freilich ist damit noch kein positiver Beweis geschafft, weil dieselben Ausdrücke auch vorkommen, wenn eine völlig unbegründete Klage verworfen wird. [18])

Als positiven Grund kann ich aber anführen die Berufung auf den ganz ähnlichen Rechtsbehelf des Käufers, welcher bestimmt eine exceptio in den Gesetzen genannt wird. Es wäre doch gewiß höchst sonderbar, wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, wo präsumtiv jeder Theil so viel giebt, als er empfängt, derselbe Rechtsbehelf, mittels welchen ein jeder Theil sich die Leistung des andern sichern kann, bei dem einen eine wahre Einrede, beim andern ein Theil des Klaggrundes seines Gegners seyn sollte, wenn er bei dem einen nur nach ausdrücklicher Geltendmachung beachtet, bei dem andern vom Richter ergänzt werden dürfte. Für eine solche wesentlich verschiedene Behandlung zweier sonst sich gleichstehenden Contrahenten läßt sich doch auch nicht der geringste vernünftige Grund denken.

Nicht unerheblich scheint es hier auch, daß die Wendung bei Paulus in L. 31. §. 1. de reb. cred. von dem Verkäufer:

---

17) L. 13. de usufr. (7. 1.) L. 1. §. 7. Si cui plus quam per. Leg. Falc. lic. (35. 3.) L. 7. pr. de operi nov. nunc. (19. 1.) L. 1. §. 10. 13. de collat. (37. 5.)

18) L. 27. de V. O. (45. 1.)

non aliter venditorem ex emto teneri, quam si ei pretium solidum dominus servi praestaret,

mit den Ausdrücken des Gajus Com. IV. §. 126 über den Käufer

ut ita demum emtor damnetur, si res, quam emerit, ei tradita sit,

so sehr übereinkömmt.

Als zweiten positiven Beweisgrund habe ich angeführt, daß, wenn man die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers aus einem zweiseitigen Vortrag als eine zum Klaggrund mit erforderliche Sache ansehen wolle, diese Verträge aufhören würden, Consensualverträge zu seyn, deren Wesen eben darin besteht, daß nach den Worten des §. 1. J. de oblig. ex consensu (3. 23.)

nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Nun kann man nimmermehr sagen, obligationem substantiam cepisse, wenn man sie nicht klagend verfolgen kann, also gerade das ihr fehlt, was das Hauptsächlichste dabei ist. Schenk glaubt S. 99. diesen Grund durch die Bemerkung zu beseitigen, daß er auf der Verkennung des Unterschiedes zwischen Realvertrag und einem potestativ bedingten Konsensualvertrag beruhe, der ja doch auch kein Realvertrag wäre. Allein hierauf ist Folgendes zu erwiedern:

Von einer unter Bedingung eingegangenen obligatio läßt sich eigentlich nicht sagen, daß sie schon substantiam cepisse. Sie wird darum noch nicht als perfecta betrachtet [19]), und es wird sogar das deberi geläugnet [20]). Ihr Daseyn hängt erst noch von einem zukünftigen Umstand ab, ehe dieser eingetreten ist, hat sie keine Wirkung, am allerwenigsten die einer Klage, denn die von Schenk S. 100. erwähnte Klage auf Anerkennung der Gültigkeit des Vertrags über-

19) L. 8. de per. et com. rei vend. (18. 6.)

20) L. 213 de V. S. (50. 15.)

haupt, kennt das Rechtssystem nicht. Erst wenn der Umstand eingetreten ist, erhält die obligatio Bestand, und in der Regel mit rückwirkender Kraft bis zur Zeit des Vertragsabschlusses [21]), aber gerade die Potestativ-Bedingung macht in letzterer Hinsicht eine Ausnahme [22]).

Doch Schenk giebt selbst die Vorstellung der Sache aus dem Gesichtspunkt einer Potestativ-Bedingung wieder auf, indem er nach S. 100. nicht die Verbindlichkeit selbst, sondern nur die Fälligkeit der Leistung von der Vorleistung abhängen lassen will, und später S. 260. sich noch ausdrücklich gegen die Meinung verwahrt, daß er jene Vorleistung als eine wahre conditio betrachte. Sie soll vielmehr ähnlich seyn, der (doch wohl ausbedungenen) Aufkündigung, die auch keine conditio sey, aber doch die Zahlungspflicht des Schuldners bedinge, und deren Vollzug unstreitig zum Klaggrund gehöre.

Hierdurch wird aber der Streitpunct verändert. Mein oben erwähnter Grund galt der früheren Darstellung der Rechtslehrer, welche die vorgängige Erfüllung als eine Voraussetzung der Verbindlichkeit selbst betrachteten, vorher das Daseyn der letztern ganz läugneten. So wie Schenk die Sache jetzt darstellt, paßt freilich mein Grund nicht; dennoch aber folgt aus dem, was er anführt, das nicht, was er dadurch beweisen will.

Die Verabredung einer vorgängigen Kündigung ist nichts als ein pactum de non petendo temporale, was später oder auch gleichzeitig mit dem Hauptvertrag geschlossen sein kann. Daß ein solches aber ein *exceptio* begründe, daß es vom Beklagten besonders geltend gemacht werden muß, unterliegt

---

21) L. 78. de V. O. (45. 1.) L. 16. de solut. (46. 3.) L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.)

22) L. 4. quae res pign. (20. 3.) L. 9. §. 1. qui pot. (20. 4.) Schweppe Handb. §. 119. Nr. 4.) 4. Ausg.)

23) L. 27. §. 1. de pact. (2. 15.)

keinem Zweifel [23]), woraus denn von selbst folgt, daß die Behauptung:

die Aufkündigung sey geschehen

nicht zum Klaggrund gehören, sondern nur Gegenstand einer Replik seyn kann.

Dasselbe gilt aber von allen Verabredungen, durch welche die Erfüllungspflicht des einen Kontrahenten (das dies venit) auf einen gewissen Zeitpunct hinausgeschoben wird [24]), und so kann ich immerhin zugeben, daß solche Verabredungen über das fällig werden der Leistungen dem Wesen der Konsensualverträge nicht entgegenlaufen, aber die Folgerung, daß dadurch der Klagbarkeit der Verbindlichkeit ein neues Erforderniß beigesellt, dem Klaggrund ein neues Stück zugesetzt werde, ist nach dem Obigen falsch.

Erzeugt aber eine ausdrückliche Verabredung, daß eine Forderung erst durch den Eintritt einer gewissen Begebenheit fällig werden soll, nur eine Einrede und verändert die Natur und Erfordernisse der Verbindlichkeit nicht, so ist doch gewiß richtig zu behaupten, daß es eben so anzusehen sey, wenn gesetzliche Vorschrift die Fälligkeit einer Forderung an ein solches Ereigniß knüpft, da solche Vorschriften über die naturalia eines Vertrags eigentlich die Verabredungen der Partheien vertreten, und das ausdrücken sollen, was wahrscheinlich ihre Willensmeinung gewesen ist. Kömmt nun hinzu, daß beim Käufer der desfallsige gesetzliche Rechtsbehelf unbestreitbar eine exceptio ist, wie oben nachgewiesen wurde, so dürfte das vollends meine Behauptung bestärken.

§. 6.

Wenn nach dem Vorigen die Rechte des Käufers und des Verkäufers gleich sind, und ein jeder seine Leistung zurückhalten kann, bis die Gegenleistung erfolgt, so wird dieß Rechtsverhältniß noch gegen den ihm von Schenk S. 113.

---

24) L. 56. de cond. indeb. (12. 6.) L. 55. de V. S. (50. 15.) §. 10. J. de except. (4. 13.) Vinnius ad §. 2. J. de V. O. Nr. 5.

gemachten Vorwurf eines Vexirbeutels, einer Schraube ohne Ende zu vertheidigen seyn. An sich hat es gar nichts Vernunftwidriges, wenn bei zweiseitigen Verträgen einem jeden Theil angesonnen wird, vorerst seiner Seits den Vertrag zu erfüllen, ehe er mit Erfolg die Erfüllung vom andern verlangen kann. Es wird dabei nur in seine Willkühr gestellt, ob er dem andern trauen, und seine Leistung daran wagen will, um sich die gehofften Vortheile des Vertrages zu verschaffen, oder nicht. Ein solches Verhältniß findet sein vollkommenes Gleichniß in den Römischen Innominatkontrakten, wo ja auch jeder Kontrahent seine Leistung zuerst wagen mußte, wenn er überhaupt nur eine Klage haben wollte.

Aber selbst beim Kauf sahen die Römer das aus obigem Gesichtspunct an, wie sich recht anschaulich aus L. 39. in f. de solut.[25]) ergiebt, wo beide Theile ihre Leistung bei einem Dritten hinterlegten, weil sie sich gegenseitig nicht trauten, ein Beweis, daß keiner von beiden mit seiner Leistung vorauszugehen verbunden war.

Allein bei dem Kauf genügt es, wenn der klagende Theil seine Leistung anbietet, so daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, zu gleicher Zeit vor sich geht. Schenk läugnet dieß zwar S. 242., aber man muß in der That den Gesetzesworten offenbare Gewalt anthun, um seine Meinung darin bestätigt zu finden. Mag es seyn, daß offerre zuweilen nicht blos das wörtliche, sondern das wirkliche Anbieten einer Sache, das Hingeben bezeichnet, und ließe es sich daher auch rechtfertigen, es auch in der L. 13. §. 8. de act. emti (19. 1.), in dieser Bedeutung zu nehmen, so beweist doch das in dieser Stelle gebrauchte tempus praesens — offerri debet — offerat — ganz unwiderleglich, daß eine gleichzeitige Leistung darunter gemeint ist, und darauf deuten auch die Ausdrücke in L. 31. de reb. cred. (12. 1.).

---

25) S. oben Not. 7.

non aliter venditorem ex emto teneri, quam si ei pretium .... dominus servi *praestaret*.

Es müßte nach den Regeln der lateinischen Sprache in L. 13. §. 8. das tempus perfectum: oblatum esse debet, obtulerit, in der L. 31. das plusquam perfectum: praestitisset gebraucht worden seyn, hätte Ulpian und Paulus, wie Schenk will, ein vorausgegangenes, vom andern Theil nicht angenommenes Anbieten bezeichnen wollen, welcher letztere Umstand aber in beiden Stellen auch nicht mit einer Sylbe angedeutet ist. Allenthalben, wo von einem solchen vorausgegangenen Anbieten wirklich die Rede ist, wird das perfectum gebraucht, so in L. 9. in f. de solut. (46. 3.) »solverit, steterit,« in L. 72. pr. §. 3. eod. „obtulerit, recusavit, noluit".

Wie aber Schenk auch die L. 9 §. 5. de pign. act. [26]) als einen Fall, wo eine früher angebotene Zahlung nicht angenommen worden sey, anführen kann, weiß ich mir nicht zu erklären, da darin doch mit dürren Worten gesagt ist, daß vor der Zahlung geklagt, und erst in judicio das Geld angeboten worden ist [27]).

Der von Schenk für seine willkührliche Auslegung der L. 13. §. 8. de act. emt. gebrauchte Grund

weil der Inhalt des Vertrags eine Vorleistung (nämlich des Käufers) also eine wirkliche Leistung verlange,

---

26) Qui ante solutionem egit pigneratitia, licet non recte egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi. (13. 7.)

27) Es mag dabei nicht befremden, daß hier die vorzeitig angebrachte Klage doch noch erhalten wird, wenn die zur Begründung der Rückgabepflicht wesentlich gehörige, also eigentlich als etwas schon Geschehenes nothwendige (s. Arch. Bd. VII. S. 346.) Zahlung der Pfandschuld erst während des Processes erfolgt. Die Römer begnügten sich, wenn nur zur Zeit des Urtheils das Klagrecht begründet dastand. L. 16. de her. pet. (5. 3.) L. 27. §. 1. de R. v. (6. 1.) L. 17. mand. (17. 1.)

beweist nichts, weil er nach der obigen (§. 3.) Ausführung irrig ist.

§. 7.

Bisher haben wir uns mit dem Kaufvertrag beschäftigt. Ich gehe nun zu einer Frage über, welche in meinen frühe- ren Abhandlungen über diese Lehre [28]) nur kurz berührt worden ist, nämlich in wiefern die vom Kaufvertrag geltenden Grundsätze auf andere zweiseitige Verträge auszudehnen sind.

Andere Rechtslehrer haben sich damit in der Regel auch nicht befaßt, sondern ohne Weiteres als von allen zweiseitigen Verträgen geltend vorgetragen, was in den Gesetzen nur vom Kauf ausdrücklich gesagt ist [29]).

Hier muß ich vor allen Dingen einen Vorwurf beseitigen, den Schenk an mehreren Stellen seiner Abhandlung (S. 94. 108. 109. 200.) mir und andern macht, nämlich den, daß wir bei Aufstellung unserer Theorien auf den mutuus consensus der Parteien keine Rücksicht nähmen. An besondere Verabredungen der Kontrahenten ist aber weder von mir noch von andern Schriftstellern über diesen Gegenstand gedacht, noch weniger bezweifelt worden, daß dergleichen über alle hier in Frage kommenden Verhältnisse entscheidend seyn können. Dieser Satz ist im Römischen Recht so oft [30]) und so bestimmt ausgesprochen, und selbst als Sprichwort so gebräuchlich geworden (pacta dant legem contractui), daß man in der That von keinem Juristen annehmen kann, er verkenne oder bestreite ihn. So wie nach ausdrücklichen Zeugnissen der Römischen Juristen durch besondere Verabredung eine übrigens förmliche Stipulation in ein blosses pac-

28) Bd. VII. not. 13.

29. Pufendorf T. II. obs. 123. Leyser sp. 103. m. 1. Hellfeld jur. for. §. 313. Thibaut System §. 169. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. § 33. Mühlenbruch doctr. pand. §. 334. Schweppe Priv. Recht. §. 427. u. a. m.

30) L. 1. pr. L. 7. §. 5. L. 43. de pact. (2. 14.) L. 11. §. 1. de act. emti (19 1.)

tum[31]), ein Consensualvertrag in einen contractus litteralis umgewandelt werden konnte[32]) so ist es gewiß auch statthaft, alle die verschiedenen Bestimmungen über die Erfüllung und die Abhängigkeit der einen Leistung von der Gegenleistung zu treffen, welche Schenk S. 95. angiebt. Einen ausdrücklichen Beleg finden wir in der mehrerwähnten Stelle von Gajus[33]) wo bei einer Versteigerung es besonders ausbedungen war, daß der Kaufpreiß voraus bezahlt werden sollte, auf welche Bedingung dann der Käufer eine replicatio gründete, um die vom Käufer gegen die Kaufklage vorgeschützte exceptio rei non traditae zu beseitigen. Ja es ist nicht zu bestreiten, daß ausdrückliche Verabredung jeden Konsensualvertrag in einen Römisch rechtlichen ungenannten Realvertrag umschaffen, und erst von der res d. h. von der wirklichen Erfüllung des einen Kontrahenten, die Entstehung der Verbindlichkeit des Andern abhängig machen kann. Was ausdrückliche Verabredung wirken kann, muß natürlich auch eine stillschweigende bewirken, sobald sie aus Umständen, die zu einer Schlußfolgerung berechtigen, abzuleiten ist. Wäre z. B. ausgemacht worden, daß der Käufer vier Wochen nach der Uebergabe das Kaufgeld mit drei vom Hundert verzinsen sollte, so ist anzunehmen, daß nach dem Willen der Parteien der Verkäufer erst die Sache übergeben solle, und wäre bedungen worden, daß der Verkäufer eines Hauses gleich nach empfangenem Kaufgeld noch gewisse Ausbesserungen daran vornehmen solle, so dürfte umgekehrt zu schließen seyn, daß die Parteien die Absicht hatten, es solle das Kaufgeld erst bezahlt werden. Eben so dürfte es als ein Fall einer stillschweigend bedungenen Vor-

31) L. 7. §. 12. de pactis. (2. 14.)

32) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) Thibaut System §. 899., so fern man anders noch bei den von Marezoll in der Zeitschr. für Civ. und Proc. Bd. III. S. 259. erhobenen Zweifeln Litteralcontracte annimmt.

33) Comm. L. IV. §. 136.

leistung zu betrachten seyn, wenn nach dem Willen der Parteien die Leistung des Einen zu der Leistung des Andern verwendet werden soll, weil natürlicher Weise etwas nicht eher verwendet werden kann, bis der es hat, der es verwenden soll. Doch darf in diesem Falle eine Sicherheitsbestellung gefordert werden [34].

---

34) L. 58. §. 2. locati (19. 2.) Quidam in municipio balineum praestandum annuis viginti nummis conduxerat, et ad refectionem fornacis fistularum, similiumque rerum, centum nummi ut praestarentur ei, convenerat: conductor centum nummos petebat: ita ei deberi dico, si inearum rerum refectionem eam pecuniam impendi satis daret. Schenk der diese Stelle §. 3. not. 11. auch anführt, erklärt die Sicherheitsleistung für eine Besonderheit eines, unter einem modus eingegangenen Vertrags. Nun kommen zwar bei Verträgen, welche nach Grund und Zweck eine Freigebigkeit enthalten, und nur dem Empfänger einige Nebenverpflichtungen auflegen, Eigenthümlichkeiten vor, namentlich die, daß der Geber wegen nicht erfüllter Verpflichtung von Seiten des Empfängers diesem das Gegebene wieder abfordern kann, L. 2. 3. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.) L. 1. C. de don. quae sub modo (8. 55.) obwohl auch Manches dafür spricht, daß dies Rückforderungsrecht nichts als das bei allen s. g. Innominatkontrakten nach Römischem Recht begründete Reuerecht, und Verträge obiger Art nichts anders als Innominatkontrakte seyen, weil bei jenen s. g. Schenkungen sub modo, gerade die den Innominatkontrakten eigenthümlichen Klagen, nämlich die actio praescriptis verbis auf Erfüllung der Nebenverpflichtung L. 9. 22. C. de don. (8. 54.) L. f. C. de rer. perm. (4. 64.) und die condictio causa data causa non secuta oder ob caus. datorum auf Rückgabe des Empfangenen gegeben werden. L. 2. 3 8. C. de cond. ob caus. dat (4. 6.) S. Schnauss de effectu et natura modi donationibus adjecti. Jen. 1804. Wenn aber das, was der Empfänger leisten soll, der vermeintliche modus, ein Aequivalent des Empfangenen, eine wahre Gegenleistung ist, da kann von einem mit eigenthümlichen Wirkungen begabten s. g. Modalvertrag gar keine Rede seyn, und es wird auch dabei nicht einmal das Wort modus gebraucht, sondern der Vertrag eben als ein zweiseitiger Vertrag betrachtet, und je nach der Verschiedenheit der Leistungen der oder jener Gattung beigezählt. L. 5. 6. 7. 8. C. de rer. permut. (4. 64.) So ist es ein Innominatvertrag in der Form do ut facias, wenn A dem B ein Haus giebt, B dagegen dem A ein anderes zu repariren verspricht,

Diese Vorschrift dürfte die, vielleicht in ihrem Geiz (vgl. Hugo Rechtsgeschichte §. 35. Schweppe Rechtsgeschichte §. 14.) und dem damit häufig verbundenen mißtrauischen Sinn gegründete Ansicht der Römer kund geben, daß in der Regel keinem Kontrahenten zuzumuthen sey, dem andern zu trauen und Kredit zu geben, und liefert so einen Aufschluß über den Grund und die Veranlassung der ganzen s. g. exceptio implementi non secuti.

§. 8.

Abgesehen nun von ausdrücklichen Verabredungen, fragt es sich, was bei den sonstigen zweiseitigen Verträgen außer dem Kauf als ein naturale contractus anzusehen und ob darüber gesetzliche Bestimmungen vorhanden seyen.

Viele Rechtslehrer [35]) und auch Schenk a. O. S. 95. Not. 4. haben in Ansehung des Pacht- und Miethvertrags dergleichen in mehreren Stellen zu finden geglaubt, und darauf sich stützend behauptet, daß der Verpachter mit seiner Leistung vorangehen müsse.

Andere [36]) führen unter den der Klage des Pachters und Miethers entgegenstehenden Einreden auch die except. non adimpleti contractus ex parte actoris auf, ohne jedoch deren Zweck und Gegenstand weiter zu erörtern. Am deutlich-

---

L. 6. praescr. verb. (19. 5.) und ein Tausch, wenn A eine Sache dem B giebt, um von diesem eine andere zu erhalten. L. 7. C. de rer. perm. (4. 64.) Uud so ist denn der in L. 58. §. 2. locati (19. 2.) vorkommende Nebenvertrag über die Ausbesserung der Badeanstalten nichts mehr und nichts weniger als eine locatio conductio operis, und es ist auch in der That gar nicht abzusehen, wie derselbe sich von der zuletzt genannten Vertragsform unterscheiden soll. Diese Ansicht über die vermeintlichen Modalverträge findet sich schon bei Donellus comm. jur. civ. L. 14. c. 20.

35) Quistorp Rechtl. Bem. Bd. II. S. 192. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 158. Schweppe Römisch. Priv. Recht. §. 466. (4. Ausg.) Mühlenbruch. doctr. pandect. §. 334. not. 7.

36) Wegen de loc. cond. c. 11. nr. 50. 5., Mößler von Klagen Bd. V. S. 458.

sten drückt sich Schweder[37]) aus, welcher dem Verpachter die Einrede giebt:

si conductor non soluta pensione aget.

Aus allen den für und wieder angeführten Stellen ist indessen nicht viel zu beweisen.

Was zuvörderst

L. 24. §. 2. locati. (19. 2.)

betrifft, die so lautet:

Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi cutturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere,

so folgt daraus argumento a contrario allerdings, daß der Verpachter in der Regel erst nach Ablauf der Miethzeit mit Erfolg klagen könne, und eben so aus

L. 30. §. 3. eod.

Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: quoad in opus lapidis erit, pro lapide et manu pretio dominus redemtori in pedes singulos septem dabit. Quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oportebet? respondit, etiam imperfectum,

daß der Unternehmer eines Baues in der Regel erst nach vollendetem Bau den Preis verlangen könne.

Beides läßt sich als eine folgerechte Anwendung des auch beim Kauf vorkommenden Grundsatzes[38]) ansehen, daß nur die vollständige Leistung die exceptio non adimpl. contr. ausschließe. Daß der Verpachter aber seiner Seits den Vertrag erfüllen müsse, und nicht ebenfalls mit der except. non adimpl. contr. bis zur Zahlung des Miethgeldes sich decken könne, folgt doch daraus nicht nothwendig.

L. 34. de R. J. (50. 17.) enthält nur Interpretationsre,

---

37) Diss. de exc. non adimpl. contr. concl. 3.

38) L. 13. §. 8. de act. emti. (19. 1.) et ideo si pretii *partem* offerat, et nondum est ex emto actio. L. 31. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) „Si ei pretium *solidum*“ etc. L. 57. de aed. act. (21. 1.) „ni pretium totum solverit.“

geln, die gar nicht hieher gehören, und was L. 8. C. de locato (4. 65.)

licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione (ut mos regionis postulabat) ut si quae lue tempestatis vel alio coeli vitio damna occidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt perilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur: rationem tui juxta bonam fidem haberi recte postulabis: eamque formam, qui ex appellatione cognoscet, sequetur

beweisen soll, ist vollends nicht abzusehen.

Eben so wenig wird aber Schweders Meinung, durch die von ihm a. O. angeführten Stellen dargethan. Denn

L. 54. §. 1. locati (19 2.)

sagt blos, daß eine auf das Austreiben des Pachters gesetzte Strafe nicht gefordert werden könne, wenn dieser zwei Jahre lang das Pachtgeld schuldig geblieben sey. Das ist aber keine Wirkung der Einrede des nichterfüllten Vertrags, denn sonst könnte der Pachter noch nachträglich durch sofortige Bezahlung des Rückstands sein Recht auf die Conventionalstrafe retten, wogegen die Worte der Stelle streiten; sondern es ist blos eine Folge der Bestimmung, daß das Zurückbleiben mit zwei Jahrespachtzinsen ein Grund ist, den auf längere Zeit geschlossenen Pacht aufzuheben [39])

Die weiter von Schweder angeführte

L. 1. de migrando. (43. 32.)

enthält nichts, als daß der Miether eine Wohnung das interdictum de migrando gegen den Vermiether nicht hat, so lange er nicht das ganze Miethgeld berichtigt. Dieß ist aber, wie im §. 4. der Stelle selbst gesagt wird, eine Folge des dem Vermiether an den invectis et illatis zustehenden Pfandrechts, welches auch in Ansehung der zukünftigen Forderungen seine Wirksamkeit äußert, und vermöge dessen er

---

39) L. 56. locati (19. 1.) Nov. 120. c. 8.

die ihm als Pfand dienenden Sachen bis zu seiner vollständigen Befriedigung zurückhalten darf.

Sieht man sich nun weiter in den Gesetzen um, so findet man allerdings viele Stellen, wo der Vermiether mit seiner Leistung vorausgegangen ist [40]. Doch kommen auch einige vor, wo das Miethgeld erst gezahlt wurde [41]. Sonach hielte der eine Fall dem andern ziemlich das Gleichgewicht, und man könnte geneigt seyn, nach dem Grundsatz in

L. 2. pr. D. locati. (19. 2.)

„locatio conductio proxima est emtioni et venditioni, hisdemque juris regalis consistit"

das, was vom Kaufvertrag gesetzlich gilt, auf den Pachtvertrag analog anzuwenden. Gleichwohl halte ich die gewöhnliche Meinung für richtiger, weil in zwei Stellen, wo der Pachter das Miethgeld erst zahlte, dies als „prorogatio" als eine Vorausbezahlung, Vorschuß bezeichnet wird, [42] was nicht passend wäre, könnte der Verpachter durch Vorenthaltung der verpachteten Sache die gleichzeitige Zahlung des Pachtgelds erzwingen, denn was ich zahle, weil ich es eben zu der Zeit zahlen muß, ist gewiß keine Vorauszahlung zu nennen, welche nothwendig dem Zeitpunct der Fälligkeit vorangehen muß.

Es läßt sich aber auch für diese Abweichung ein sehr triftiger Grund anführen. Im Allgemeinen wird keinem Kontrahenten zugemuthet, dem Mitkontrahenten zu trauen. Der Verkäufer kann sich decken, indem er seine Leistung blos anbietet, und mit der einen Hand giebt, während er mit der andern die Gegenleistung in Empfang nimmt, so daß die gegenseitige Erfüllung Zug um Zug vor sich geht. Dieß ist beim

---

40) L. 7. 8. 9. §. 1. 7. L. 15. §. 4. L. 27. 55., §. 2. L. 56. 60. D. locati. (19. 2.)

41) L. 9. §. 4. eod. „mercedes reciperabit". L. 33. eod. „ut mercedem restituas." L. 19. §. 6. D. eod.

42) L. 19. §. 6 D. h. t. Auch die in L. 15. §. 6. h. t. vorkommenden Worte pro mutua bezeichnen Vorschuß. Gothofr. ad L. 15. cit. Brisson de V. S. s. voce: promutuum.

Verpachter anders. Seine Leistung ist nicht mit der Uebergabe der verpachteten Sache erschöpft, wie die des Verkäufers, sondern es gehört dazu auch die Gestattung der Benutzung eine gewisse Zeit hindurch. Dieß kann er nicht in einem Augenblick bewirken, das Zug um Zug geben ist hier unmöglich, und der Pachter käme daher in Nachtheil, wenn er seine ganze Leistung hingeben müßte, während er zu gleicher Zeit die Gegenleistung nur zum Theil der Natur der Sache nach erhalten könnte. Darum erscheint es allerdings billig, daß der Verpachter mit seiner Leistung den Anfang mache. Doch ist das Bestreben der Römer, ihm möglichste Sicherheit zu geben, sehr bemerkbar. Hierher gehören die Bestimmungen, daß er sofort den ganzen Miethzins einklagen kann, sobald der Pachter den erpachteten Gegenstand im Stich läßt [43]), daß bei einem Werk, dessen Preis nach dem Maaße bestimmt ist, auch vor der Vollendung, Messung und Bezahlung verlangt werden kann [44]), daß der Verpachter den Pachter austreiben darf, der mit zwei Jahreszinsen in Rückstand geblieben ist [45]). Ja es läßt sich wohl aus L. 58. §. 2. h. t. (s. oben Note 34.) die Behauptung rechtfertigen, daß der Kontrahent, welcher mit seiner Leistung vorangehen muß, von dem andern wegen Gegenleistung Sicherheitsbestellung fordern dürfe.

Wird doch auch in ähnlichen Fällen durch Kaution geholfen, so bei Legaten, mit denen zugleich eine Verpflichtung für den Vermächtnißnehmer verbunden ist [46]), so bei der Redhibition, wo der Redhibent auch die fehlerhafte Sache zurückgeben muß, ehe er sein Kaufgeld u. s. w. erhält [47]), beim vermachten oder auch vertragsmäßigen Niesbrauch, um den Eigenthümer gegen Beschädigung der Sache zu sichern [48]), beim Ge-

43) L. 24. §. 2. eod.
44) L. 30. §. 3. eod.
45) L. 54. §. 1. L. 56. eod.
46) L. 40. §. 5. de cond. et dem. (35. 1.) L. 19. de leg. III. (32)
47) L. 25. i. f. L. 26. de aed. ed. (21. 1.)
48) L. 1. pr. §. 1. 2. usufr. quemadm. cav. (7. 9.)

sellschaftsvertrag wegen möglicher künftiger Ansprüche [49]), beim Depositum, wenn einer von mehreren Erben des Hinterlegenden eine untheilbare Sache zurückverlangt [50]). Endlich stellt L. 38. pro socio (16. 3.) und L. 41. de judic. (5. 1.) die Regel auf:

in omnibus b. f. judiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Und gewiß ist es für eine justa causa zu halten, wenn ein Kontrahent nach Lage der Sache eine Leistung machen muß, ohne wegen der ihm versprochenen Gegenleistung gedeckt zu seyn. Daß übrigens da, wo eine Klage gegeben ist, noch viel unbedenklicher eine Einrede zugelassen werden muß, bedarf kaum der Erwähnung. (L. 156. §. 1. de P. J. 50. 17.)

In der Regel mag es wohl ohnehin bei den Römischen Pachtverträgen so gewöhnlich gewesen seyn, eine solche Sicherheit zu bestellen, daß man auch da, wo es nicht ausdrücklich geschehen war, es dennoch als stillschweigend nach dem vermuthlichen Willen der Kontrahenten geschehen annahm, wie bei den Früchten von einem praedio rustico, und bei den Illaten von einem praedio urbano [51]). Und noch heut zu Tage ist es ja gewöhnlich, sich bei Gegenständen von irgend einem Belang, vom Pachter Sicherheit bestellen zu lassen [52]).

§. 9.

Von den genannten Kontrakten bleibt nur noch der Gesellschaftsvertrag als ein wesentlich zweiseitiger übrig. Es leuchtet aber von selbst ein, daß dieser Vertrag eine Vergleichung mit dem Kauf noch weniger gestattet, als der Miethvertrag, weil bei ihm eines Theils die gegenseitigen Leistungen wohl immer eine längere oder kürzere Zeit hindurch fortdauern, also nicht Zug um Zug geschehen können, und weil

49) L. 27. 28. 38. pro socio. (17. 2.)
50) L. 1. §. 36. depositi. (16. 3)
51) L. 3. 4. 5. 6. 7. in quib. caus. tacite pign. (20. 2.)
52) Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. nr. 57.

andern Theils so vielfache Gestaltungen des Vertrags denkbar sind, daß sich schon darum durchgreifende Regeln über das Vor- oder Nachleisten gar nicht aufstellen lassen.

Manchmal entscheidet sich freilich diese Frage von selbst aus der Natur der Sache. Denn wenn z. B. der Eine eine Sache herzugeben, der Andere sie zu bearbeiten oder sonst etwas Gewinngewährendes damit vorzunehmen sich anheischig macht, wie solche Fälle in L. 13. §. 1. praescr. verb. (19 5.) L. 44. L. 52. §. 2. 7. L. 58. pro socio (17. 2.) vorkommen, so versteht sich von selbst, daß der Erstere mit der Hingabe den Anfang machen muß. Am ersten könnte wohl von einer Anwendung der exceptio non adimpl. contr. dann die Rede seyn, wenn die Gesellschaft sich sämmtlich zu einer gewissen Einlage an Geld oder Sachen anheischig gemacht haben, und der Eine, der selbst seine Einlage zur gemeinschaftlichen Kasse noch nicht gemacht hat, sie von dem Andern verlangt. Ich bezweifle aber doch, daß man dem Beklagten die Einrede geben kann, da die Einlage denn doch das ganze Maas der Gesellschaftsleistungen nicht erschöpft, daher die Gleichheit der Verhältnisse nicht vorliegt, welche eine analoge Anwendung voraussetzt; der Beklagte muß daher durch eine Wiederklage sich zu helfen suchen.

Schweder [53]) gestattet diese Einrede dem Socio adversus socium, qui lucrum et damnum non vult dividere, et interim actione pro socio experitur. Man wird aber schwerlich in den von ihm angezogenen Stellen [54]) etwas hierher Bezügliches finden.

Daß der Gesellschafter, welcher von dem andern Gesellschafter auf Theilung eines gemachten Gewinns oder theilweisen Ersatz eines Verlustes belangt wird, eine Einrede hat, wenn der Kläger seiner Seits einen zu theilenden Gewinn gemacht, oder einen vom Beklagten gemachten Aufwand mit

53) In der oben angeführten Dissertation concl. 5.

54) §. 1. J. de societ. (3. 26.) L. 29. pro socio. (17. 2.)

zu tragen hat, ist zwar nicht zu bestreiten. Allein dieß fällt unter den Gesichtspunct der Compensation, und setzt die Erforderniſſe derselben voraus.

Dagegen bezweifle ich nicht, daß das bei dem Miethvertrag (§. 8. a. E.) erwähnte Recht, Sicherheitsbestellung zu fordern, auf den Gesellschaftsvertrag zu erstrecken sey, da dasselbe in einigen Stellen sogar ausdrücklich anerkannt wird [55]).

§. 10.

Bei den übrigen zweiseitigen Verträgen darf man nach gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung unseres Gegenstandes nicht fragen. Nach Römischen Ansichten bekamen sie durch die vorausgehende Leistung des einen Theils erst Bestand, wurden dadurch erst klagbar und verbindlich [56]). War also der Vertrag von Seiten des Klägers erfüllt, so war auch die exceptio non adimpleti contractus erledigt, und war er nicht erfüllt, so war keine Klage statthaft, folglich konnte es auch nicht zu einer Einrede kommen.

Die heutigen Ansichten über die Verbindlichkeit der Verträge weichen bekanntlich von der Theorie der Römer ganz ab, da man die Verbindlichkeit und Klagbarkeit eines jeden Vertrags annimmt, und somit ist denn in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen s. g. Innominatkontrakten und pactis nudis mehr [57]), und da wirft sich nun allerdings die Frage auf, bei welchen Verträgen die von den Rechtslehrern ohne Unterschied vertheidigte Statthaftigkeit der exceptio non adimpl. contract. auch wirlich sich rechtfertigen lasse.

Wenden wir uns zuvörderst zu denjenigen Verträgen, welche einen bestimmten Namen tragen, so stößt uns nun zuerst der **Tausch** auf.

---

55) L. 27. 28. 38. eod.

56) L. 1. §. 2. de rer. permut. (19.4.) L. 7. §. 2. de pact. (2.14.) L. 3. C. de rerum permut. (4. 64.)

57) Schweppe Röm. Priv. Recht. §. 496. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 189. Thibaut Syst. §. 168. Mühlenbruch doct. pand. §. 342. 344.

Auf ihn die Grundsätze von dem Kaufvertrag anzuwenden, ist ganz unbedenklich, da er mit demselben die größte Aehnlichkeit hat, ohne Zweifel seine geschichtliche Grundlage ist [58]), einige der altrömischen Juristen beide Verträge sogar für einen und denselben hielten [59]), und beide auch sonst noch häufig mit einander verglichen werden [60]).

Beim Trödelvertrag muß natürlicher Weise die Sache erst gegeben werden, ehe sie vom Trödler verkauft werden kann, mithin kann da von einer exceptio non adimpleti contractus nicht die Rede seyn. Eben das ist der Fall bei dem *contractus suffragii*, so wie er in den gesetzlichen Quellen beschrieben ist [61]), weil darin die Verbindlichkeit zur Zahlung der versprochenen Belohnung von dem günstigen Erfolg der zugesagten Verwendung abhängig gemacht ist, daher denn die letztere begreiflicher Weise vorausgehen muß.

Der Vergleich unterscheidet sich nur dadurch von den übrigen, mit einem eigenen Namen nicht belegten Verträgen, daß er einen streitigen Anspruch voraussetzt. Im Uebrigen aber kann er seinen Inhalt und den gegenseitigen Leistungen der Transigenten nach, so vielgestaltig seyn, daß sich durchgreifende Regeln für ihn nicht aufstellen lassen. Schenk a. O. S. 96. Note 6. glaubt zwar, daß dabei nach dem Willen der Partheien keine Leistung von der andern abhängig sey, allein, wenn sich dieser Wille nicht auf irgend eine Weise ausgesprochen hat, so ist nicht abzusehen, warum er grade in der angegebenen Art anzunehmen sey, und nicht vielmehr die Grundsätze, die man in Ermangelung besonderer gesetzlichen Bestimmungen bei zweiseitigen Verträgen überhaupt anzunehmen hat, auch bei dem Vergleich zur Anwendung kommen sollen. Was nun diese Grundsätze anlangt, so glaube ich folgende aufstellen zu können:

58) L. 1. pr. de contr. emt. (18. 1.)
59) §. 2. J. de emt. (3. 24.) Gajus Com. L. III. §. 141.
60) L. 2. C. de rer. perm. (2. 64.) L. 2. D. eod. L. f. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4.)
61) L. un. C. de suffragio. (4. 3.)

1) Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, wie wir sie beim Kauf dargestellt finden, ist nur auf solche zweiseitige Verträge anwendbar, wo die vollständige Erfüllung von beiden Seiten in einem Augenblick, Zug um Zug, geschehen kann. Es rechtfertigt sich dieß Erforderniß aus den Regeln der Analogie oder ausdehnender Gesetzerklärung, welche Gleichheit des Grundes und Aehnlichkeit des Falles in wesentlichen Puncten voraussetzt [62]).

Diese gleichzeitige Erfüllbarkeit läßt sich auch bei manchen Handlungen recht gut denken. Versprechen eines Nichthuns ist im Augenblick des Vertragsabschlusses für erfüllt zu achten, so fern sich dasselbe erzwingen, d. h. das Thun mit Erfolg verhindern läßt, wie z. B. das Versprechen, ein gewisses Recht gegen den Andern nicht geltend zu machen.

2) Ist aber die eine Leistung von der Art, daß ihre Erfüllung einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum erfordert, so kann die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach Analogie des Pachtvertrags nur von dem vorgeschützt werden, dessen Leistung die eben bezeichnete Eigenschaft nicht hat. So würde in dem Fall der L. 6. praescr. verb. (19. 5.) der Versprecher des Hauses sich gegen die Klage des andern so lange schützen können, bis derselbe das versprochene Werk hergestellt hat, nicht aber umgekehrt. Zu dieser Gattung von Leistungen gehören denn auch alle Versprechungen eines Nichtthuns, wenn das Thun nicht mit Erfolg verhindert werden kann.

3) Sind beide Leistungen nicht von der Art, daß sie Zug um Zug vor sich gehen können, (z. B. der Eine verspricht Unterricht zu ertheilen, der Andere ein Gebäude zu errichten), dann muß man annehmen, daß Keiner mit der Einrede sich schützen, sondern nur durch eine Widerklage sich helfen kann. Denn für diesen Fall wüßte ich wenigstens

62) Wening-Ingenheim Lehrb. B. I. §. 19. u. a. m.

keine passende Analogie, und es möchte immer sicherer seyn, sich an Analogien zu halten, als nach willkührlichem Gutdünken und Hypothesen über die Willensmeinungen der Partheien zu Behauptungen sich bestimmen zu lassen, welche ihrer Quelle nach fast in jedem Kopf eine andere Gestalt annehmen, und so das Recht zu einem Spiel des Zufalls herabwürdigen.

4) In den Fällen unter 2 und 3 darf der Beklagte, welcher sich mit der Einrede des nichterfüllten Vertrags, oder auch durch eine Widerklage nicht helfen kann, Sicherheitsbestellung wegen der Gegenleistung verlangen. Diese anzunehmen berechtigen die oben §. 8. gegen das Ende angeführten analogen Stellen, die Beschränkung aber rechtfertigt sich daraus, daß, wenn der Beklagte auf andere Weise sich zu decken vermag, es an einer justa causa fehlt, welche zur Begründung des Verlangens besonderer Sicherung erforderlich ist nach L. 41. de judic. (5. 1.).

Ich benutze übrigens diese Gelegenheit, um einige sinnentstellende Druckfehler zu verbessern, die sich in meiner ersten Abhandlung über diesen Gegenstand Bd. 7. dieser Zeitschrift eingeschlichen haben. Es muß nämlich S. 337. in der achten Zeile von unten heißen: „gethan" statt „zu thun", und S. 341. in der vierten Zeile von unten: „zurückzugebenden" statt „zurückgebenden" endlich S. 360. in der vierten Zeile von unten „leicht" statt „nicht", was gerade den entgegengesetzten Sinn giebt.